

Abast, eficàcia i legitimació del dret penal en l'àmbit de les biotecnologies

SILVIA FERNÁNDEZ BAUTISTA

Professora de dret penal. Departament de Dret Penal
i Ciències Penals de la Universitat de Barcelona

97

1. INTRODUCCIÓ

Durant els últims anys és habitual la realització d'una anàlisi doctrinal del denominat fenomen de l'expansió del dret penal.¹ Amb aquest terme es fa al·lusió a la tendència clarament dominant en la legislació a la introducció de nous tipus penals, com també a un agreujament dels que ja existeixen: a aquesta tendència es refereix el concepte «expansió del dret penal», expansió que es manifesta, per cert, com una característica innegable del Codi penal espanyol de 1995.² En efecte, en l'exposició de motius del referit Codi penal es fa una menció expressa de les creixents necessitats de tutela en una societat cada vegada més complexa, la qual cosa motiva l'acollida en el marc de l'ordenament jurídic penal de noves formes de delinqüència. Aquest fenomen, també anomenat fugida cap al dret penal, ha provocat, com tothom sap, una clara tensió entre el principi d'intervenció mínima³ i la necessitat de protecció jurídic penal de conductes anteriorment recollides o

1. Àmpliament sobre aquest tema Silva Sánchez 2001.

2. *Vid.* Silva Sánchez 2001, p. 20.

3. El dret penal, tradicionalment, ha incriminat conductes que atacaven béns jurídic penals que s'entenen com a essencials, com la vida o la integritat física, o el patrimoni, que ni tan sols es protegia en tota la seva extensió sinó en qualitat d'afectat pels delictes de furt, robatori, estafa, etc. Per aquestes característiques del dret penal clàssic es va consagrar el denominat *principi d'intervenció mínima*; és a dir, que el dret penal havia de protegir béns jurídics essencials per a la convivència social, actuant com a últim recurs per sancionar conductes davant la manca d'altres mitjans menys lesius però eficaços per eradicar les lesions al bé jurídic protegit (*principi d'última ratio*) i castigant també només les modalitats d'atacs més perilloses al bé jurídic penal (*caràcter fragmentari*). Tots dos aspectes, el principi d'última ratio i el caràcter fragmentari configuren el principi d'intervenció mínima. En aquest sentit vegeu Mir Puig 2002, p. 123.

És fàcil concloure que per la proliferació de nous tipus penals en àmbits fins ara aliens al dret penal, els principis fonamentals i bàsics del dret penal clàssic poden quedar en entredit o, si més no, cal replan-tejar-se novament la discussió sobre quins béns jurídics són essencials i, per tant, si el dret penal ha de ser l'instrument jurídic adequat per a la seva protecció.

tutelades en altres sectors de l'ordenament jurídic. Davant d'aquesta alternativa, és a dir, l'ampliació dels límits de protecció del dret penal o, per contra, el manteniment d'un dret penal basat en la protecció exclusiva dels béns jurídics essencials, moltes persones s'han manifestat en aquest últim sentit i han qüestionat la legitimitat i l'eficàcia del dret penal en aquests nous àmbits.

Un bon exemple d'aquesta tendència legislativa «expansiva» és la tipificació dels anomenats delictes de manipulacions genètiques. En els art. 159 a 162 del Codi penal espanyol es regulen un gran nombre de delictes heterogenis que semblen tenir com a denominador comú el fet de recollir conductes de manipulació de gens humans.⁴ Els avenços de la ciència i la tecnologia, i en concret en l'àmbit de la genètica, susciten el debat sobre les conseqüències que el creixement tecnològic —sobretot en aquest àmbit— implica per a la societat en general i per a l'individu en particular. La societat comença a plantejar-se fins on es pot i fins on s'ha d'arribar, en vista dels diversos problemes que susciten determinades aplicacions dels nous coneixements.⁵ Els «riscos» que pot provocar l'aplicació d'aquestes noves tècniques científiques no són aliens a la societat, que davant d'aquests riscos experimenta una nova sensibilitat; sensibilitat i potser també «por» d'allò desconegut i que porta finalment el legislador a intentar controlar aquest risc, a intentar, amb la inclusió de determinats tipus penals, exercir un control que garanteixi al ciutadà una aparent seguretat davant la comissió de determinades conductes de manipulació genètica.

Davant d'aquesta situació, és a dir, del desig exprés del legislador de control i prohibició —o millor dit, de l'intent de control i prohibició— sobre la utilització de determinades tècniques científiques, manifestat en la regulació juridicopenal en aquesta matèria, no ens podem situar, no sense una anàlisi prèvia, en contra que determinades conductes de manipulació genètica es prevegin en el dret penal. Abans de qualsevol tipus de posicionament, cal saber, en primer lloc, què és el que estem protegint, és a dir, què garantim, què assegurem, què intentem evitar en tipificar aquestes conductes en el Codi penal. Quan aquest extrem quedi delimitat, podrem concloure si és convenient o no la regulació penal en aquesta matèria, és a dir, si queda justificada la «intromissió» o «expansió» del dret penal en aquest àmbit i, si escau, quan i en quina mesura. Així doncs, una negativa absoluta i prèvia a tota anàlisi no té cap mena de justificació i nega eficàcia a l'ordenament juridicopenal en un camp en el qual probablement podrà aportar protecció a la societat davant de determinades conductes. Una altra cosa ben diferent és si, un cop analitzada la regulació penal actual, es poden adduir crítiques a la tècnica

4. Tot i que hauria de ser la conducta de manipulació de gens humans el factor que conjuminés aquests tipus penals, la seva anàlisi posa de manifest que en alguns preceptes no és en absolut la manipulació genètica la conducta tipificada. Com a exemple clar tenim l'art. 162, que recull la reproducció assistida sense consentiment i que, lluny de constituir un delictes de manipulació genètica, s'assimila al clàssic delictes de coaccions. El bé jurídic protegit en aquest delictes, com també la conducta típica, disten molt de la resta de tipus recollits en aquest títol. En aquest sentit *vid.* Corcoy Bidasolo 2001a, p. 1109. A aquesta incongruència i a les altres crítiques a la regulació penal en aquest àmbit es farà referència *infra* 4.

5. *Vid.* Corcoy Bidasolo 2001b, p. 20.

legislativa utilitzada o al resultat final obtingut amb la tipificació. No obstant això, aquestes crítiques no poden fer-se amb anterioritat al qüestionament de si el dret penal ha d'entrar a conèixer aquests àmbits i utilitzar els possibles errors o la deficient tècnica legislativa com a argument en contra de la ja esmentada «expansió» del dret penal en aquest àmbit.

2. LÍMITS, RISCOS I BENEFICIS EN L'ÀMBIT DE LES BIOTECNOLOGIES

L'àmbit de les biotecnologies constitueix un dels camps on la limitació normativa, per part de l'ordenament jurídic en general i pel dret penal en particular, presenta més dificultats. Les dificultats de limitació estan motivades des de diverses perspectives. En primer lloc, la relativa novetat en els avenços científics en l'àmbit de la genètica i la rapidesa amb què se succeeixen sembla abocar-nos a una esfera desconeguda davant la qual, sovint per pragmatisme, o a vegades simplement per temor, la societat adopta una postura reticent. Si bé és cert que no podem obviar els riscos que suposen per al medi ambient i per a l'home els avenços en la investigació genètica i l'aplicació de noves tècniques d'aquesta naturalesa, també és cert que sigui quina sigui la postura adoptada davant d'aquesta situació, la ciència seguirà avançant⁶ i òbviament molt més de pressa que el dret. De manera que podem concloure que la societat pot i ha de fer front als nous reptes que la investigació científica presenta, per tal de garantir així la utilització correcta d'aquests avenços. Amb aquest nou panorama esdevé extremadament important reflexionar i decidir, entre moltes altres coses, quin tipus d'aplicacions caldria normativitzar i com. Per això, la informació rigorosa sobre els coneixements genètics actuals, com també les possibilitats d'aplicació i les seves implicacions, esdevenen un deure social prioritari.⁷ En segon lloc, també el desconeixement científic de l'abast de les conseqüències dels nous descobriments i la seva corresponent aplicació pràctica, constitueixen una dificultat més per al legislador que ha de limitar la tipificació d'aquestes conductes. Finalment, però no per això menys important, pel que fa a aquestes qüestions s'obre un debat en el qual les implicacions ètiques denoten una manca de consens en la societat. Trobem opinions a favor i en contra de la utilització de les noves tecnologies en l'àmbit de la genètica i se susciten qüestions sobre la legitimació i la conveniència de dur a terme, per exemple, clonacions, elecció de sexe, alteracions en el genotip amb determinades finalitats, etc.

Tot seguit parlaré dels riscos i dels beneficis en l'àmbit social i científic.

2.1 Problemes i riscos en l'àmbit científic

Són indiscutibles els beneficis que, si més no a curt termini, deriven de l'aplicació de les investigacions genètiques, ja que aquestes ofereixen un gran conjunt

6. *Vid.* Corcoy Bidasolo 2001b, p. 20.

7. *Vid.* González Duarte; Casado (ed.) 1996, p. 244.

de possibilitats i permeten importants avenços en la medicina, tant preventiva com curativa; proporcionen possibilitats inviables fins ara en el camp de la reproducció assistida i augmenten la seva importància i eficàcia en el camp de la ramaderia i de l'agricultura.⁸ No obstant això, els riscos i problemes en l'àmbit científic també apareixen de manera latent pel que fa a la investigació i al desenvolupament tecnològic en el camp de la genètica.

El primer problema amb què es troba la comunitat científica és la manca de coneixements suficients en el camp de les tècniques basades en la genètica.⁹ Aquest problema de desconeixement esdevé, al seu torn, un clar risc ja que els científics segueixen intentant avançar en aquests àmbits desconeguts tot i els perills que —precisament pel caràcter desconegut de la matèria— poden implicar aquestes investigacions i les seves aplicacions posteriors. És inherent a aquest afany investigador el reconeixement dels avenços com a grans èxits, sense tenir en compte o restant importància als petits fracassos que la investigació pot implicar i obviant en molts casos —potser davant la impossibilitat de predicció— la transcendència dels riscos als quals, en un futur no tan immediat, pot conduir l'aplicació de tècniques sorgides dels descobriments i avenços en aquesta matèria. Pensem en determinades tècniques genètiques que fins i tot podrien arribar a alterar el genoma d'una determinada espècie, com succeeix per exemple en la transgènesi de plantes i animals. Doncs bé, no es pot assegurar científicament que això no derivi en l'aparició de noves malalties, de bacteris o virus desconeguts i que aquests virus i bacteris no siguin nocius per a la vida i la salut de les persones, animals o plantes.¹⁰ En definitiva, cal concloure que, en l'àmbit científic, es desconeix la totalitat d'efectes negatius que a mig o llarg termini poden derivar de l'aplicació de tècniques basades en la manipulació genètica.

Si ja l'aplicació d'aquestes tècniques que poden i, de fet, alteren el genoma d'una determinada espècie és, com a mínim, sorprenent, si parlem de plantes o d'alguna espècie animal, què passa quan traslladem això a l'àmbit de l'ésser humà? No és excessiu afirmar que el temor augmenta considerablement davant la possibilitat de riscos a llarg termini, desconeguts i imprevisibles, derivats de l'aplicació d'aquestes tècniques amb gens de naturalesa humana. Pensem en les possibilitats de «selecció» que ofereixen aquestes tècniques, com succeeix, per exemple, en el cas de la medicina predictiva en embrions, la «purga d'em-

8. Cfr. Corcoy Bidasolo 2001a, p. 1105. L'autora fa referència també als incalculables interessos econòmics tant en el camp de la sanitat com en l'agropecuari que derivarien de l'aplicació de determinades tècniques genètiques en aquests àmbits.

9. En aquest sentit Corcoy Bidasolo 2001b, p. 24. Corcoy afirma que la medicina de naturalesa genètica es troba en una situació de «minoria d'edat» ja que l'estat actual de coneixement és incipient respecte de les previsions que els científics plantegen.

10. Pensem per exemple en les denominades plantes transgèniques, és a dir, les que han estat modificades genèticament mitjançant l'addició de gens d'una altra espècie. Si bé la seva aplicació comercial pot ser molt beneficiosa (possibilitat de controlar la maduració de fruites, augmentar la resistència davant l'amenaça de plagues d'insectes, etc.) i innòcua, de moment, per al consumidor, no es pot assegurar l'aparició a llarg termini d'efectes adversos i nocius per a la salut de les persones, com podrien ser reaccions al·lèrgiques en els consumidors a les plantes modificades genèticament.

brions»¹¹ o la selecció de sexe;¹² en tots dos casos es tracta d'una elecció que determinarà el desenvolupament posterior d'un ésser humà; i encara més sorprenent seria el cas extrem de la clonació. Si bé des del punt de vista científic l'aplicació d'aquestes tècniques de manipulació genètica no suposa una dificultat ni un risc especials, no podem assegurar que no acabi comportant, en cas d'una utilització generalitzada i incontrolada, connotacions negatives, com podria ser una afectació en la biodiversitat com a principi indiscutible en relació amb l'equilibri dels sistemes naturals i, fins i tot, com veurem, problemes de discriminació.

En vista d'aquest panorama cal concloure que, si bé la producció i la creació científica constitueixen un dret fonamental recollit per la Constitució espanyola [art. 20.1.b)] i que per tant els poders públics haurien d'encarregar-se de promoure-les (art. 44.2)¹³ per tal de garantir la finalitat essencial de prevenció i eliminació de malalties a la qual s'han d'orientar, això no impedeix que s'adverteixi de la necessitat de definir uns límits a aquest dret fonamental constitucionalment reconegut. Límits que es basen no sols en els possibles riscos científics als quals ja hem fet referència, sinó en les indiscutibles connotacions ètiques i socials relacionades amb aquests àmbits, de forma que els valors que cada societat expressa constituïrien el marc general limitador. Així, el principi bàsic i fonamental que ha d'orientar i limitar la investigació científica ha de ser el de la inviolabilitat de la dignitat humana, juntament amb d'altres factors limitadors com els derivats del dret a la vida i a la integritat física i psíquica de les persones.¹⁴ En aquest sentit es manifesten no sols la Constitució espanyola de 1978, en la qual s'afavoreixen els drets fonamentals individuals sobre altres drets com la salut pública o la investigació, sinó també el Conveni sobre Drets humans i Biomedicina, que sosté de forma concloent que l'interès i el bé de l'ésser humà han de prevaler sobre l'interès de la societat i de la ciència.¹⁵ En la mateixa direcció es manifesten l'art. 3 de la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea i l'art. 7 de l'Estatut de la Cort Penal Internacional.

11. Cal tenir en compte que les tècniques de purga d'embrions es realitzen normalment sense que es puguin considerar «delicte de manipulació genètica» ja que no es produeix una transgènesi, és a dir, la introducció d'un gen d'una altra persona o d'un animal en una cèl·lula. No obstant això, i amb independència de la nostra valoració ètica i personal d'aquest tipus de tècniques, crec que pot afirmar-se que són una forma de selecció de l'espècie, perquè en definitiva es tracta de «seleccionar» els embrions que tenen un material genètic millor, la qual cosa possibilita l'eliminació dels defectes genètics amb caràcter previ o posterior a la concepció. En aquest sentit *vid.* Corcoy Bidasolo 2001a, p. 1119.

12. Sobre aquest aspecte cal destacar que la Llei espanyola 35/1988, de 22 de novembre, de reproducció assistida humana admet la selecció de sexe només en el cas que s'utilitzi amb finalitats terapèutiques, és a dir, de prevenció de malalties d'origen genètic, de manera que la selecció de sexe només s'admet quan existeix alguna malaltia relacionada amb aquest factor que es pugui evitar, precisament, escollint el sexe de la descendència.

13. L'art. 44.2 de la Constitució espanyola estableix que els poders públics promouran la ciència i la investigació científica i tècnica en benefici de l'interès general. Sembla evident que la prevenció i l'eliminació de malalties pot considerar-se, sense cap mena de problema, com a «interès general», la qual cosa inclouria en aquest àmbit d'obligada promoció per part dels poders públics els avenços en el camp de la biogenètica.

14. En aquest sentit Esser 1998, p. 276.

15. *Vid.* Corcoy Bidasolo 2001a, p. 28.

2.2 Problemes i riscos en l'àmbit sociològic

Ja s'han exposat alguns dels factors adversos que determinades tècniques poden provocar en l'àmbit científic però, amb tot, no s'ha d'oblidar la perspectiva sociològica, des de la qual també es poden observar resultats negatius.

Analitzarem en primer lloc, i sense ànim exhaustiu ni d'excedir la intenció d'aquestes línies, algunes de les conseqüències que les anàlisis genètiques¹⁶ poden implicar per a l'individu i el seu entorn social. Les anàlisis genètiques a les quals s'ha fet referència aporten una informació important i abundant sobre un determinat subjecte,¹⁷ fins a tal punt que fins i tot poden arribar a predir determinades malalties que la persona presumiblement desenvoluparà en un futur. Amb l'estat actual de la ciència, és obvi afirmar que moltes de les malalties que es poden predir no tenen un tractament efectiu amb el qual poder evitar-la o bé curar-la. El coneixement d'aquesta situació per part de la persona afectada, més que aportar-li resultats beneficiosos pot perjudicar-la seriosament, ja que el coneixement del possible problema de salut pot determinar greus situacions d'angoixa o fins i tot malalties psíquiques que evidentment poden arribar a malmetre el seu àmbit social i afectiu. En aquests casos, no solament l'entorn més privat de l'individu pot veure's perjudicat, sinó que també en l'esfera laboral poden haver-hi situacions de discriminació en fer-se pública la previsible malaltia, i això pot arribar, en el pitjor dels casos, a impossibilitar la contractació d'aquesta persona; també poden succeir situacions similars en el marc de la contractació d'assegurances o d'hipoteques, l'accés a les quals pot estar supeditat a una anàlisi d'aquestes característiques, un fet que ja és habitual als Estats Units, a Anglaterra i fins i tot, en alguns casos, a Espanya.¹⁸ Així, es pot observar que les conseqüències negatives derivades de la realització d'anàlisis genètiques en l'àmbit de l'anomenada medicina predictiva no són menyspreables.

Els avenços en les tècniques científiques en el camp de l'anomenada enginyeria genètica poden implicar conseqüències molt més greus i per tant amb moltes més implicacions en l'àmbit sociològic i cultural. Ara fem un pas qualitativament i quantitativament important i pensem en la possibilitat —real— d'escollir les característiques físiques d'un determinat subjecte abans del seu naixement; així, imaginem que fos possible escollir característiques com el color dels ulls, l'alçada, el

16. Es fa referència a aquest aspecte pel fet que —des del meu punt de vista— es tracta d'una qüestió que crida l'atenció, tot i que les referides anàlisis genètiques no podrien incloure's dins dels denominats delictes de manipulacions genètiques pels motius ja esgrimits *vid. supra* nota 11. Les anàlisis genètiques consisteixen en tècniques utilitzades per determinar l'existència d'alteracions genètiques heretades o canvis genètics provocats per les característiques genètiques personals combinades amb la predisposició a contraure certes malalties. També cal tenir en compte els possibles atacs a la intimitat que poden arribar a implicar l'elaboració d'aquests «mapes genètics» ja que, amb ells, es poden conèixer dades que pertanyen al més estricte àmbit de la intimitat de la persona. Sobre aquest aspecte no hi ha cap referència en el Codi penal.

17. Sobre les implicacions referents a la intimitat i a la llibertat individual derivades de les anàlisis genètiques *vid.* àmpliament Romeo Casabona 2002, p. 63 i seg.

18. *Vid.* Corcoy Bidasolo 2001a, p. 55 i seg. En el mateix sentit Estivill 2001, p. 14.

color dels cabells i la configuració física entre d'altres. Si ens trobéssim en aquesta situació ningú no dubtaria d'afirmar que si això succeís de manera «incontrolada» i generalitzada ens trobaríem davant d'una evident selecció de l'espècie humana —selecció de la «raça» en paraules del legislador penal—, és a dir, davant d'un intent de futura «perfecció» física.¹⁹ Tot això podria derivar en riscos en l'àmbit científic imprevisibles a llarg termini i afectaria no solament la biodiversitat, a la qual ja ens hem referit, sinó que comportaria també efectes tan greus com una clara desigualtat entre les persones o societats amb la infraestructura científica i econòmica suficient per dur a terme aquestes tècniques i les que no la tinguessin, la qual cosa accentuaria, per uns motius especialment menyspreables, la desigualtat entre països i ciutadans,²⁰ ja que els primers tindrien la possibilitat d'accedir a una societat amb persones «perfectes» des del punt de vista físic i els segons òbviament no. Amb una situació tan estranya i sense cap ni peus com aquesta seria apropiat referir-se al «tranquil·litzador» dret penal, tranquil·litat que s'obtindria a través de la tipificació com a conducta juridicopenalment sancionable d'aquesta «tècnica de selecció», aparentment rebutjable des del punt de vista ètic i social. Així, sota l'amenaça de dur a terme una conducta delictiva, la norma incidiria en la societat com a element inhibidor de l'aparició d'actuacions d'aquest tipus. Doncs bé, en vista d'aquesta òbvia necessitat d'incriminació, que dotaria de total legitimació el dret penal en aquest àmbit, no podem afirmar que la situació juridicopenal actual sigui la de prohibició d'aquestes conductes, si més no de manera clara i evident. Com veurem posteriorment, la utilització de determinats conceptes absolutament incorrectes des del punt de vista científic i jurídic pot arribar a permetre aquest tipus de conductes.²¹

2.3 Beneficis

La situació descrita fins aquí aporta una visió força negativa del que suposa l'aplicació dels avenços científics en la matèria que ens ocupa. No obstant això i malgrat els riscos i problemes que ja s'han analitzat, no hem d'oblidar els indubtables beneficis que aquestes tècniques ofereixen. Quant a les anàlisis genètiques, és evident que la possibilitat de tractar malalties abans no es manifestin o de prendre les mesures per tal d'evitar-ne el desenvolupament, com també d'aplicar tractaments més ràpids i menys lesius, constitueix un indiscutible benefici per a la nostra societat.²² Pel que fa a la reproducció assistida, l'enginyeria genètica possibilita l'eliminació de defectes genètics, com ho demostra l'elecció de sexe a fi d'evitar malalties relacionades amb aquest factor, i també permet la superació de l'esterilitat tant en el cas masculí com en el femení.²³ També en l'àmbit de la clonació es

19. Es fa referència a la perfecció física, ja que la influència social i cultural no es poden controlar a través de tècniques de manipulació genètica, en definitiva la influència de l'entorn del subjecte que sens dubte ajuden en la formació de la seva identitat psíquica, és el denominat fenotip.

20. En aquest sentit Corcoy Bidasolo 2001a, p. 43.

21. *Vid. infra* 4.

22. *Vid. Corcoy Bidasolo 2001b*, p. 47.

23. Sobre aquest tema *vid. àmpliament Egozcue Cuixart 1996*, p. 261 i seg.

poden adduir avantatges clars en l'aplicació d'aquestes tècniques. Quant a la clonació d'éssers humans, les referides tècniques poden oferir noves possibilitats en la procreació²⁴ i, pel que fa a la clonació d'òrgans i de teixits, aporten innegables progressos en la medicina. En definitiva, no solament es pot sinó que cal posar de manifest els avenços, els èxits i conseqüentment els beneficis que els nous descobriments en la ciència, concretament en aquest àmbit, aporten a la societat.

Amb tot el que s'ha exposat fins aquí i tenint en compte tant els beneficis com, sobretot, els riscos existents en aquest àmbit, es pot avançar ja la necessitat que el dret penal intervingui en la normativització i, per tant, en la limitació d'aquest tipus d'actuacions. D'ara endavant m'ocuparé de com l'ordenament jurídic penal ha dut a terme aquesta «intromissió» i dels inconvenients que això presenta.

3. LA «INTROMISSIÓ» DEL DRET PENAL EN L'ÀMBIT DE LES BIOTECNOLOGIES: «ELS DELICTES DE MANIPULACIONS GENÈTIQUES»

Els delictes relatius a la manipulació genètica constitueixen un dels exemples que criden més l'atenció dins dels problemes que per al dret penal suposa la introducció de límits en aquests àmbits.²⁵ L'intent del legislador de regular aquestes conductes es reflecteix ja en l'Avantprojecte de Codi penal de l'any 1992, el qual conté en els successius projectes i avantprojectes la tipificació de les denominades manipulacions genètiques. Finalment, es materialitza l'intent legislatiu en el Codi penal de 1995, que en el títol V llibre II recull activitats relacionades amb la genètica, concretament els «delictes relatius a la manipulació genètica» (art. 159 a 162). Estem, per tant, en presència d'unes incriminacions que podem denominar de «nou encuny» i que, amb anterioritat al Codi penal de 1995 rebien, si més no en part, una mera sanció administrativa.²⁶ En aquest sentit és important destacar, entre d'altres, la Llei 35/1988, de 22 novembre, de reproducció assistida humana i la Llei 42/1988 de donació i utilització d'embrions i fetus humans o de les seves cèl·lules, teixits o òrgans.

Són moltes les crítiques que es poden esgrimir respecte a la tipificació dels delictes de manipulacions genètiques. Algunes fan referència als tipus delictius concrets que es mencionaran més endavant. En aquest punt, però, poden adduir-se les crítiques referents no a la tipificació concreta sinó al procediment legislatiu que comporta finalment la seva inclusió en el Codi penal de 1995.

Com ja s'ha fet palès al llarg d'aquestes pàgines, l'àmbit de les biotecnologies constitueix un camp científic de complexitat especial per al profà en la matèria. Per tant, en vista de l'elevada dificultat que suposa la qüestió i a fi de garantir la correcta delimitació del que és prohibit —saber, en definitiva, què estem prohibint

24. *Vid.* Romeo Casabona 2002, p. 118 i 119.

25. *Vid.* Corcoy Bidasolo 2001a, p. 1103.

26. En aquest sentit Queralt Jiménez 2002, p. 42 i 43.

i protegint— la consulta a la comunitat científica hauria d'haver estat una premissa prèvia i bàsica en la tipificació d'aquests delictes. A més, ateses les implicacions ètiques i socials d'aquest tema, és evident que cal consultar també la societat, de manera que se li atorgui la possibilitat d'expressar la seva opinió sobre la qüestió.²⁷ Totes dues consultes haurien garantit i delimitat tant l'abast com l'eficàcia del dret penal en aquest àmbit. No obstant això, com és habitual en els últims temps²⁸ i atès el resultat obtingut, es pot afirmar que no s'ha fet ni una cosa ni l'altra.

Malgrat l'intent de limitar en l'ordenament jurídic les aplicacions de l'enginyeria genètica, la doctrina apunta que aquest control només pot aconseguir un cert grau d'eficàcia si existeix alhora una harmonització legislativa de caire global.²⁹ Les diferents concepcions del genoma humà que es mantenen a Europa i als Estats Units són una prova que l'esmentada harmonització no existeix; en el primer cas es parteix de la configuració del genoma humà com a patrimoni de la humanitat i per tant com a objecte de protecció, en canvi la concepció nord-americana passa per entendre'l com a objecte de patent, la qual cosa fa que predomini una posició patrimonialista.³⁰ Aquesta manca d'harmonització legislativa mundial implicarà, sens dubte, problemes de manca d'eficàcia en les limitacions normatives en aquest àmbit. Tot i que això suposa un obstacle de gran importància, hem de seguir procurant que, com a mínim en l'àmbit d'aplicació d'un determinat ordenament jurídic —en el nostre cas l'espanyol—, la normativització d'aquest sector sigui tan adequada i eficaç com es pugui. Alguns dels problemes que presenta la regulació penal espanyola de les manipulacions genètiques es tractaran tot seguit.

4. ELS DELICTES DE MANIPULACIONS GENÈTIQUES. ALGUNS PROBLEMES I INCONGRUÈNCIES DE LA TIPIFICACIÓ ACTUAL

Primer, i abans de fer esment d'alguns dels problemes que suscita la tipificació dels delictes de manipulació genètica, cal destacar l'absència de regulació penal en algunes matèries a les quals ens hem referit aquí. Concretament, als problemes derivats de la transgènesi en animals i plantes³¹ que, com ja s'ha vist,

27. *Vid.* Corcoy Bidasolo 2001a, p. 1107.

28. Són moltes les crítiques que s'han fet al Codi penal de 1995 pel que fa a la tipificació en diferents àmbits de la part especial. També s'addueixen objeccions similars en l'àmbit dels delictes societaris i en els delictes contra els drets dels treballadors, per posar-ne alguns exemples. Es tracta de matèries específiques que requereixen consultes prèvies a experts en la matèria per garantir una mínima correcció i eficàcia en els tipus penals, consultes que, atesos els resultats obtinguts, es pot assegurar que desgraciadament no es duran a terme o que simplement no es tenen en compte.

29. *Vid.* Corcoy Bidasolo 2001b, p. 23.

30. En aquest sentit Corcoy Bidasolo 2001a, p. 1108; Corcoy (dir.) Cardenal, Fernández, Gallego, Gómez, Hortal 2002, p. 109 i 110.

31. També s'ha de destacar l'absència de regulació penal en l'àmbit dels possibles atacs a la intimitat que l'elaboració dels tests genètics poden implicar pel fet de revelar dades estrictament íntimes del subjecte. Aquest extrem ja s'avança *vid. supra* nota 16.

poden afectar el genoma humà i el medi ambient. Tot i que consisteix clarament en una conducta de manipulació genètica, és a dir, d'alteració i modificació del genoma d'una espècie —en aquests casos de plantes o d'animals—, no es fa cap menció d'aquest comportament en els delictes relatius a manipulacions genètiques i és per tant de dubtosa aplicació en aquest tipus de conductes l'art. 349 del Codi penal³² (títol XVII, capítol primer, secció 3a «d'altres delictes de risc provocats per altres agents»). Així, i per l'absència d'un precepte que reculli clarament el comportament al qual fem referència, aquest quedaria sota la tutela normativa d'un altre sector de l'ordenament jurídic.³³ Independentment de la valoració que vulguem fer de l'absència de tipificació d'aquestes conductes, cal tenir en compte que la decisió d'incloure-les com a delicte en el Codi penal és una opció político-criminal que, com totes, és discutible, per la qual cosa no es pot afirmar a priori que es tracti d'una opció o decisió incorrecta. Per poder opinar en aquest sentit ha d'existir una anàlisi prèvia d'eficàcia i legitimació de l'ordenament juridicopenal també en aquest àmbit.

Deixant de banda el tema de les possibles absències de regulació juridicopenal i ja en el marc del que tipifica el Codi penal, trobem algunes incongruències i deficiències legislatives en l'anàlisi dels diferents delictes que, sens dubte, poden arribar a minvar l'eficàcia del dret penal en el camp dels delictes de manipulació genètica.

En primer lloc pot ser discutible la ubicació sistemàtica d'alguns preceptes com els art. 160 i 162 del Codi penal. El primer d'aquests articles fa referència a la utilització de l'enginyeria genètica per produir armes biològiques exterminadores de l'espècie humana. Si bé pel que fa a la rellevància penal d'aquesta conducta hi ha unanimitat pel perill que suposa per a la societat en general, és molt discutible que encaixi dins dels delictes de manipulació genètica. Potser els delictes de genocidi, atesa la finalitat de destrucció massiva, podrien acollir millor aquestes conductes.³⁴ Es poden fer les mateixes objeccions a l'art. 162 del Codi penal, que tipifica la denominada reproducció assistida no consentida. Sobre aquest precepte sorgeixen els mateixos dubtes pel que fa a la ubicació sistemàtica que hauria estat desitjable atorgar-li. En definitiva, aquest precepte no regula més que un atac contra la llibertat de la dona objecte d'aquesta conducta i, en la qual, no ha d'existir necessàriament una «manipulació genètica», extrem que podria determinar la seva inclusió dins dels delictes de coaccions,³⁵ com a tipus qualificat o agreujat, si es prefereix.

32. En aquest sentit Corcoy Bidasolo 2001a, p. 1106. L'autora fins i tot advoca per la inconstitucionalitat del precepte pel fet que les lleis penals en blanc no reuneixen els requisits necessaris sobre quina és la «remissió expressa». En contra d'aquesta opinió Queralt Jiménez 2002, p. 610: aquest autor menciona els organismes modificats genèticament i els entén referits en l'art. 349 del Codi penal.

33. *Vid.* per exemple la Llei 15/1994, de 3 de juny, on s'estableix el règim jurídic de la utilització confinada, alliberament voluntari i comercialització d'organismes modificats genèticament.

34. D'aquesta opinió Corcoy Bidasolo 2001a, p. 1110; Queralt Jiménez 2002, p. 43; Corcoy (dir.) Cardenal, Fernández, Gallego, Gómez, Hortal 2002, p. 111. Els autors plantegen fins i tot la possibilitat d'incloure aquestes conductes en els delictes de terrorisme o, si escau, dins dels delictes de tinença d'armes o explosius.

35. En aquest sentit Corcoy (dir.) Cardenal, Fernández, Gallego, Gómez, Hortal 2002, p. 263.

L'art. 159 del Codi penal recull el tipus bàsic dins dels delictes previstos en el títol de les manipulacions genètiques. L'anàlisi d'aquest precepte, més que aportar claredat a l'estudi d'aquests delictes, conté deficiències importants que poden conduir a interpretacions molt poc desitjables. El primer que cal fer és delimitar el bé jurídic protegit en aquest delicte. La doctrina majoritària³⁶ entén que el bé jurídicopenal objecte de protecció és el genoma humà, és a dir, la identitat de l'ésser humà, les característiques que identifiquen i que diferencien l'espècie humana d'altres espècies. De manera que cal concloure que a la conducta típica que recull l'art. 159 del Codi penal, per tal que sigui rellevant des del punt de vista jurídicopenal, li cal necessàriament una efectiva lesió del bé jurídic protegit, és a dir, que s'ha de donar a la força una afectació del genoma humà. El precepte que analitzem recull conductes de manipulació de gens humans que impliquin, com a resultat, l'alteració del genotip o, dit d'una altra manera, de les característiques genètiques d'una persona en concret. Si bé aquesta alteració pot succeir de ben segur amb l'aplicació de tècniques de manipulació genètica, no es pot afirmar que l'alteració del genotip, és a dir, la modificació de les característiques genètiques individuals d'un subjecte determinat, derivi finalment en una modificació o alteració del genoma humà, ja que per això caldria demostrar que els caràcters propis de l'espècie humana resten alterats o, si més no, que es posa en perill la identitat de l'espècie amb conductes d'aquest tipus; aquest resultat, però, des d'un punt de vista científic no és predicable, almenys no a curt termini. L'escissió que hi ha entre resultat típic i bé jurídic protegit constitueix el primer obstacle per tal de dotar d'eficàcia el precepte que ens ocupa.

El delicte de manipulació genètica que conté l'art. 159 del Codi penal condiciona la rellevància penal de la conducta d'alteració del genotip al fet que l'alteració es dugui a terme amb una finalitat que no sigui l'eliminació o disminució de tares o malalties greus. En aquest sentit, sorprèn negativament que el legislador utilitzi un concepte incorrecte des del punt de vista científic i indefinit des del jurídic: què ha d'entendre's per tara? En quin context s'ha d'interpretar aquest concepte? Pot ser objecte de valoracions individuals i subjectives? Aquest concepte, com a element normatiu del tipus, ha de ser interpretat i dotat d'un mínim contingut. Si això es fes d'acord amb la seva significació actual, seria perfectament assumible que la debilitat, la poca alçada, un determinat color de cabells o d'ulls es consideressin característiques adverses i, per tant, susceptibles d'inclusió en el concepte «tara».³⁷ Això, al seu torn, determinaria que una conducta de manipulació genètica que pretengués definir algunes qualitats físiques d'un ésser humà abans del seu naixement fos atípica, tot i que el genotip resultés modificat i

36. *Vid.* per tots Valle Muñiz 1996, p. 768; Corcoy Bidasolo 2001a, p. 1112.

37. Tot i que aquesta interpretació pugui semblar increïble, la doctrina apunta aquest resultat com a possible en vista del contingut que es pot donar, en la societat actual, a aquest desafortunat concepte. En aquest sentit Corcoy (dir.) Cardenal, Fernández, Gallego, Gómez, Hortal 2002, p. 115. Els autors utilitzen aquesta interpretació en la defensa d'un supòsit de fet acadèmic en el qual una dona sol·licita a un especialista en genètica unes determinades qualitats per al seu futur fill. En el mateix sentit Corcoy Bidasolo 2001a, p. 1114; Corcoy Bidasolo 2001b, p. 42 i 43.

aquest fet tingués capacitat per afectar potencialment el genoma humà. Sens dubte, interpretacions com aquestes ens abocarien a la legitimitat de conductes tendents clarament a la «selecció de l'espècie», finalitat que, un cop analitzats els delictes de manipulació genètica, s'entén que pretén evitar el legislador. Malgrat l'extremisme i la perplexitat que provoca aquesta interpretació, no s'ha de rebutjar la possibilitat que efectivament pugui haver-hi una línia d'argumentació en aquest sentit, ja que la poca definició i, sobretot, la incorrecció del terme *tara* —que únicament sembla referir-se a aspectes negatius sense concretar-ne el context— podrien conduir a resultats com aquest tan rebutjables des del punt de vista científic i ètic.

La lloable intenció legislativa d'impedir, almenys teòricament, la «selecció de l'espècie», no evita que aquesta finalitat es manifesti expressament només en l'art. 161.2 del Codi penal, el qual recull la clonació o «altres procediments» per a la selecció de la «raça» com a conducta típica. Si extremem també la interpretació en aquest delictes de clonació, podem arribar a afirmar que la clonació no és una conducta juridicopenalment rellevant en tota la seva extensió, perquè si es realitza la clonació d'un ésser humà, no amb la finalitat de selecció de l'espècie sinó per motius, per exemple, de satisfacció del desig irrefrenable d'una mare de tenir dos fills genèticament idèntics, seria difícil esgrimir en aquest context la pretesa finalitat de selecció de l'espècie, amb la qual cosa la conducta esdevé, de nou, atípica.

Amb tot, l'intent del legislador d'evitar la «selecció de l'espècie» és, com afirmàvem, simplement teòric, perquè l'anàlisi de la conducta típica que recull l'art. 161.1 del Codi penal sembla perseguir una altra finalitat ben diferent, ja que en cap cas aquesta conducta pot afectar el genoma humà i tan sols quedarà justificada en la mesura que allò que «realment» vulguem protegir sigui l'òvul o l'embrió.

Sense haver pretès fer-ho de manera exhaustiva, s'han posat de manifest alguns dels problemes interpretatius que presenten els delictes de manipulació genètica. Els resultats obtinguts en les interpretacions realitzades d'aquests delictes presenten, sens dubte, innombrables aspectes negatius per a la societat actual, però no s'ha de desestimar la possibilitat d'esgrimir argumentacions en aquest sentit, atesa la regulació juridicopenal a la qual ens ha abocat la deficient tècnica legislativa utilitzada en aquest àmbit tan complex.

5. CONCLUSIONS

De tot el que s'ha exposat fins aquí, es poden deduir algunes conclusions finals que ens enunciaran, com a resum, el que s'ha intentat posar de manifest en aquestes línies.

En primer lloc cal que ens referim a l'al·lusió de la qüestió del bé jurídic protegit. Si entenem que el genoma humà és el bé juridicopenal protegit —almenys de manera clara en el tipus bàsic del delictes de manipulació genètica (art. 159 del Codi penal)— i que el podem definir com les característiques genètiques que identifiquen i alhora diferencien l'espècie humana de la resta d'espècies, no es pot dubtar de la seva importància vital per a la societat en general. En vista d'aquesta afirmació, no hi ha cap més opció que entendre'l com un bé jurídic essencial dotat

de significació especial que pot situar-se, fins i tot, al nivell de béns jurídics com la vida o la integritat física de les persones. Aquest argument bé podria contrarestar els que han emprat els detractors de la intervenció del dret penal en aquests àmbits, i no sols per la importància vital del bé jurídic protegit, sinó perquè aquest no constitueix una nova necessitat social, sinó que acompanya l'ésser humà des dels seus inicis més remots. Amb aquesta qüestió clara, sembla obvi legitimar la intervenció del dret penal per protegir la societat de conductes que puguin danyar o posar en perill aquest bé jurídic.

Però no sols des de la perspectiva del bé jurídic es legitima la intervenció del dret penal en aquest àmbit. Els riscos, tant científics com sociològics, que poden derivar de l'aplicació no controlada de tècniques de manipulació genètica justifiquen la intervenció d'aquest sector de l'ordenament jurídic, amb el qual sota l'amenaça d'una pena i amb la càrrega estigmatitzadora que això representa, es pretén evitar aquest tipus de conductes. Així, el dret penal ha d'establir els límits juridicopenals que garanteixin una utilització correcta dels avenços científics en aquestes matèries.

Si, com s'ha exposat, la legitimació del dret penal en l'àmbit de les manipulacions genètiques és difícilment qüestionable, no passa el mateix amb la pretesa eficàcia de l'ordenament juridicopenal en aquesta matèria. La deficient tècnica legislativa utilitzada ha derivat en una tipificació força incongruent en què l'eficàcia dels tipus queda, com a mínim, en entredit. Potser la utilització de la llei penal en blanc, atesa la complexitat de la matèria, hagués estat preferible en aquests delictes, com també la sempre necessària harmonització entre els diversos sectors de l'ordenament jurídic.

En conclusió, el dret penal és capaç i ha de conèixer les conductes de manipulació genètica, tot i que per desgràcia l'exemple de com cal fer-ho no pugui ser el Codi penal espanyol.

BIBLIOGRAFIA

- CORCOY BIDASOLO. «Límites y controles de la investigación genética. La protección penal de las manipulaciones genéticas». A: *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Navarra: Aranzadi, 2001, pàg. 1103-1123. [En cita (2001a)].
- CORCOY BIDASOLO. «Medicina predictiva y discriminación». A: *Cuadernos de la Fundación Víctor Grífols i Lucas* (ed.). *Medicina predictiva y discriminación*. 2001, 4, pàg. 19-70. [En cita (2001b)].
- CORCOY (dir.); CARDENAL; FERNÁNDEZ; GALLEGU; GÓMEZ; HORTAL. *Manual práctico de Derecho Penal. Parte Especial*, vol. I, València: Tirant lo Blanch, 2002.
- EGOZCUE GUIXART. «Bioética y reproducción asistida». A: CASADO (ed.). *Materiales de Bioética y Derecho*. Barcelona: Cedecs, 1996, pàg. 257-272.
- ESSER. *Derecho Penal, Medicina y Genética*. Lima: Idemsa, 1998.
- GONZÁLEZ DUARTE; CASADO. «Bioética y genética». A: CASADO (ed.). *Materiales de Bioética y Derecho*. Barcelona: Cedecs, 1996, pàg. 241-256.

- ESTIVILL. «¿Hacia una medicina predictiva?». A *Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas. Medicina predictiva y discriminación*. 2001, 4, pàg. 9-17.
- MIR PUIG. *Derecho Penal. Parte General*. 6a ed., Barcelona: Reppertor, 2002.
- QUERALT JIMÉNEZ. *Derecho Penal español. Parte Especial*. 4a ed., Barcelona: Atelier, 2002.
- QUINTERO OLIVARES (dir.); MORALES PRATS; VALLE MUÑIZ (coord.); PRATS CANUT; TAMARIT SUMALLA; GARCÍA ALBERO. *Comentarios al nuevo Código Penal*, Pamplona: Aranzadi, 1996.
- ROMEO CASABONA. *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*. Bilbao; Granada: Fundación BBVA; Diputación Foral de Bizkaia/Comares, 2002.
- SILVA SÁNCHEZ. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2a ed., Madrid: Civitas, 2001.